

Tercer retiro del 10%:

constitucionalistas prevén que reforma con nueva técnica legislativa que ingresó la oposición no podrá sortear el TC

La semana pasada ingresó un tercer proyecto para retirar por tercera vez un 10% desde las AFP, y los parlamentarios dijeron que esta iniciativa podría sortear el TC, dado que cambiaron un tema que había sido criticado por el Tribunal. Sin embargo, los abogados siguen creyendo que esta reforma no lograría pasar el TC.

MARIANA MARUSIC

“Diputados PPD presentan nuevo proyecto de tercer retiro que permitiría sortear el Tribunal Constitucional (TC)”. Así se titula un comunicado que publicaron la semana pasada parlamentarios que ingresaron un tercer proyecto para retirar por tercera vez un 10% de las AFP, sin embargo, los abogados constitucionalistas no creen que esta iniciativa logre sortear el TC tan fácilmente.

En concreto, este proyecto de retiro es similar a los aprobados hasta ahora, pero también incluye a las rentas vitalicias, y “se basa en una nueva técnica legislativa que podría sortear el TC, en caso de que el gobierno recurra a dicha instancia”, según advertía el comunicado.

¿Cuál es esa nueva técnica legislativa? Hasta ahora, los proyectos que se habían presentado en el Congreso y que fueron declarados admisibles, son reformas a la Constitución mediante disposiciones transitorias. Bajo esta figura se aprobó el primer retiro del 10%, requiriendo un *quorum* de 3/5 de los parlamentarios. En el caso del segundo retiro del 10%, en cambio, fue un proyecto de ley ingresado por el gobierno.

La iniciativa que el Ejecutivo llevó al TC, también fue una reforma a la Constitución vía un artículo transitorio, y entre otras cosas, para llevar esta reforma al Tribunal, el gobierno argumentó que

“algunos parlamentarios están intentando escribir una Constitución paralela, a través de proyectos de reforma constitucional que introducen artículos transitorios, sin modificar la actual Constitución”.

Así fue como llegó esta nueva iniciativa de la oposición, pero esta vez, busca impulsar el retiro modificando el articulado permanente de la Constitución, por lo que se requeriría un *quorum* mayor para ser aprobado, de 2/3 de los parlamentarios en ejercicio.

Sin embargo, los constitucionalistas advierten que el TC en su sentencia entrega también otras razones para declarar inconstitucional los retiros del 10%, entre ellas, la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en lo que respecta a la seguridad social; por lo que no ven que esta nueva técnica legislativa pueda dar resultados tan fácilmente como lo plantean los parlamentarios.

CONSTITUCIONALISTAS AL DEBATE

La candidata UDI a constituyente, Constanza Hube, quien también es abogada y profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Católica, afirma que “el TC fue claro en sostener que las cosas son lo que son y, en este caso, el proyecto de tercer retiro (al igual que el primer y se-



gundo retiro) es un proyecto de ley, aún cuando se vista de reforma constitucional. La materia de que se trata, solo puede ser objeto de una ley de iniciativa presidencial”.

Por su parte, el abogado constitucionalista y académico de la Universidad Alberto Hurtado, Tomás Jordán, dice que esta reforma de la oposición “se haría cargo en términos parciales de la sentencia del TC”. Lo anterior, porque “el TC en su sentencia, señaló que (estos retiros) no podían ser materias del articulado transitorio de la Constitución; pero otro de los temas que indicó el TC, es que las materias de pensiones son de iniciativa exclusiva presidencial”.

De esta manera, Jordán –quien alegó en el TC por este tema en representación de la DC– detalla que esta tercera reforma que se ha presentado para retirar otro 10%, correría con ventaja relativa, “por un lado, porque se hace cargo de una crítica que, a mi juicio, es la menor del TC. Y lo otro tiene que ver con la iniciativa exclusiva del Presidente, que no estaría resuelta (en esta reforma). Si bien es muy discutible la sentencia del TC en ese aspecto, el proyecto no se hace cargo”.

En tanto, el académico de la UC y la UDD, José Manuel Díaz de Valdés, coincide con lo anterior, y dice que esta reforma constitucional “soluciona algunos de los problemas que detectó el TC, que es el *quorum*, porque al ser una reforma constitucional al capítulo tercero, y no una disposición transitoria, se tiene que aprobar por 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, entonces soluciona ese primer problema”.

Díaz de Valdés añade que, “además, soluciona el tema del abuso de las disposiciones transitorias. Adicionalmente, hay otro argumento: el TC decía que había hiper-detalles, es decir, que la Constitución se estaba legalizando, o que se estaban regulando cuestiones que eran propias de ley. Uno puede decir que aquí, claro, no pasa eso, porque para evitar ese problema de tanta regulación, se hace una referencia a la disposición transitoria del primer retiro”.

Sin embargo, hay un pero: “El proyecto no se hace cargo de otros problemas que ve el TC. El más importante, es que el Congreso no puede apropiarse de atribuciones de otros órganos, y eso iba en el corazón del fallo. Aquí ocurre lo mismo, porque es el Presidente el que tiene iniciativa exclusiva en materia de seguridad social, y el Congreso está intentando apropiarse de eso vía una reforma constitucional”, comenta el académico de la UC y la UDD.

También dice que “hay un par de cosas más, como, por ejemplo, el hecho de que se hace un vaciamiento, según decía el TC, del derecho de la seguridad social, cuando se destinan los fondos pre-

visionales a un fin diferente al original, que sería justamente este caso”.

En todo caso, Díaz de Valdés recuerda que “el fallo del TC fue 5 a 5, con voto dirimente, y eso hace que siempre exista una posibilidad de que alguien se dé vuelta, para ambos lados, es decir, el próximo fallo podría ser 6-4 para un lado, o para el otro”. En todo caso, cree que el 5-5 se va a mantener, “porque la lógica es la misma, pero evidentemente hay un grado de inestabilidad mayor que si hubiera existido un resultado con más diferencia”.

EL PROBLEMA DE LAS RENTAS VITALICIAS

Pero un problema aparte es el tema del retiro en las rentas vitalicias, porque hasta ahora, no se ha aprobado un proyecto de este tipo, y tampoco ha sido evaluado por el TC.

Esta reforma, al igual que otras, proponen lo anterior, y los constitucionalistas lo ven como algo más complejo.

“Esto es nuevo y distinto. El vicio, quizás adicional, que tiene plantear esto para las rentas vitalicias, es que ahí lo que haces es de alguna forma crear una ficción de algo que no existe”, concluye Díaz de Valdés.

Al respecto, explica que “no existen esos fondos” que se plantea retirar, porque “lo que existe es un contrato por el cual se le pasó a la compañía de seguros una cantidad de dinero, y la aseguradora te paga una renta todos los meses, pero no hay una cuenta tuya de plata en la aseguradora, por lo tanto, si dices que te tienen que pagar por adelantado tu renta, lo que dices es que tienes que forzar a las compañías de seguros a prestarte plata, es un préstamo forzado”.

Añade que “eso me suena que es bien inconstitucional. Ahora, para declarar inconstitucional una reforma constitucional, no es tan fácil. El vicio tiene que ser evidente, en este caso tendría que ser el vicio de derecho de dominio de las compañías de seguros, por ejemplo, obligarlas a hacer algo que no tienen por qué hacer”.

Por otro lado, Jordán puntualiza que “esa es una discusión bien de fondo sobre una eventual constitucionalidad o inconstitucionalidad, de hacerse cargo de las rentas cuando éstas ya salen de la propiedad del afiliado y pasan a la empresa”.

Díaz de Valdés añade que, además, en estos casos la carga de pagar “no se impone a un ente estatal, sino que se le está imponiendo a otro privado, que son las compañías de seguros. Es decir, hay una carga que está imponiendo el Estado, por el bienestar de un grupo de la población, pero que es sobre un particular. Eso, desde el punto de vista de la igualdad ante las cargas públicas, y del logro del bien común, me parece inconstitucional”.